

資 料
〔意見書〕

「国家公務員の政治的行為」処罰の刑法上の問題点
——社会保険庁職員機関紙配布事件の意見書を素材として*——

曾 根 威 彦

- I はじめに
- II 公務員の政治的行為制限違反罪の保護法益
- III 公務員法違反事件における「違法性」概念
- IV 公務員の政治的行為による法益侵害の「危険」
- V 結びに代えて——職務刑法としての公務員犯罪

I はじめに

公務員の政治的行為は、現行法上大幅に制限されている。国家公務員については、国家公務員法（以下、国公法ともいう）102条1項およびそれに基づく人事院規則（以下、規則ともいう）一四一七（政治的行為）により規制が設けられ、その違反に対しては懲戒処分が課せられるほか（国公法82条1項）、刑事罰も科せられている（国公法110条1項19号）。このような政治活動の制限は、公務員の職務が決定された国家意思の忠実な執行にあることから、政党・党派からの政治的中立性が要求されることの結果であるが、他面、市民として政治的意思形成に参加するための表現活動に対する重大な制約であるので、制限の目的・根拠・手段およびその限界が当然に憲法上の問題となる。

国家公務員法および人事院規則による制限と制裁に関し、従来、法律上の論点とされてきたのは、公務員の政治活動の自由が何らかの根拠・理由で制限されるとしても、①現行法による制限があまりにも一律的で広汎に過ぎること、②人事院規則への委任が白紙委任に近い形で行われていること、③違反者に対して刑事罰の制裁があること、④これらのことは、地方公務員法による制限および諸外国

* 本稿は、社会保険庁職員機関紙配布事件に関し、①2007年1月28日および②2009年9月8日に、筆者が東京高等裁判所第5刑事部に提出した意見書を基礎としている。なお、同裁判所は、2010年3月29日、有罪の一審判決（後出）を破棄し、逆転無罪を言い渡した。

の法制（例えば母法とされるアメリカのハッチ法）と比較しても合理的根拠を欠くこと、⑤このような現行国家公務員法の状況は、同法が戦後占領軍の指令に基づく占領法体系として出発した事実に起因すること、などであった。そして、憲法論としては、法の下での平等を定める憲法14条、言論の自由を保障する同21条、法の適正手続を保障する同31条に違反する、という主張がみられた。

国公法110条1項19号、規則一四一七違反事件は、猿払事件に関する1974年の最高裁大法廷判決（最大判昭49.11.6刑集28-9-393）を最後に、その後若干の判例が出されたもののほとんど忘れ去られた状態が続いていた。ところが、2004年3月に、社会保険庁の職員が休日に職場を離れた場所で政党機関紙の号外を各戸に配布したという事件が摘発されて（社会保険庁職員機関紙配布事件＝以下、本件ともいう）、国公法110条1項19号の政治的行為制限違反の罪に問われることになり、この問題が30年ぶりに社会の耳目を集めることとなった。一審では有罪の言渡し¹がなされたが（東京地判平18.6.29判例集不登載＝以下、本件一審判決ともいう）、本判決は、被告人の本件各行為から直接具体的に生じた弊害そのもの（現実には存在しない）を、違法性の強弱を検討する場合に考慮すべき事柄と構成する一方で、違法性の有無（法益侵害の有無）が問われる場面では、被告人の本件各行為が許容された場合に予想される累積的、波及的効果⁽¹⁾を弊害として捉えたのである（後出III3参照）。これは、違法性の存否の問題を遠い将来の累積的、波及的効果に係らせることによって、国家公務員法、人事院規則一四一七が政治的行為の禁止を行政組織法上の予防的措置として設けている趣旨を刑罰規定にも妥当させようとするものであって、ここに行政法規違反（行政法上の違法性）と刑罰法規違反（刑法上の違法性）との関係が問われることになったのである。

II 公務員の政治的行為制限違反罪の保護法益

1. 懲戒法・刑事法の関係と法益論の変容

近代国家における懲戒法（行政法）と刑事法²の関係を図式的に整理すれば、次のように言うことができよう。④懲戒処分の対象となるのは、公務員組織の内部秩序を維持するための義務（規律）に違反する行為であって、いわば対内的な「秩序侵害」「義務違反」行為としての性格を有している。したがって、当該行為の危険性を問題にする場合にも、それは義務違反の行為に付随するとされている「秩序侵害の危険」で足りることになる。ここで保護の対象とされているのは、

（1） 被告人が行った本件行為を放任した場合に、その所属する行政組織内の公務員全体に本件政治的行為を許容することにつながりかねない、とするもの。

「秩序維持の利益」とでも称すべきものであって、実体的内容を伴った「保護法益」と呼ぶにはあまりにも観念的、抽象的な概念（精神化された法益概念）にとどまっている。これに対して、⑧刑事罰の対象となる行為は、公務員組織の枠を超えて直接国民の法益（共同利益）に向けられた、いわば対外的な「法益侵害」罪としての性格を有しており、ここにおいて刑罰による介入を認めるためには、国民の共同利益に実害ないし実害の危険が発生したこと、あるいは行為時の具体的状況に照らして当該行為が実際にそのような属性を備えていたことが必要となる。このように、近代法においては懲戒法と刑事法の役割分担が明確に区別されていたが、現代の国家法体系においては、その境界が不明確になりつつある現実が存在する。

この問題は、刑法理論における法益論の変容と深く関わっている。現代の国家には、従来であれば刑法による規制の対象外であった社会生活領域にまで国家刑罰権の介入してくる傾向がみられるが、このように保護対象となる法益の空間的な拡散は、これまで主として行政法の保護対象にとどまっていた公共的法益について顕著であって、「保護法益の抽象化」として、その問題性が指摘されているところのものがこれである⁽²⁾。また、そのように抽象化された法益の刑法的保護を時間的に早い段階で企図することが「法益保護の早期化」として、やはり現代刑法の抱える問題点の1つに挙げられている。しかるに、公務員の政治活動に関しては、規制の対象となる行為が憲法21条の保障する表現活動そのものであるだけに、その問題性が格段に増幅されることになるのである。これを、本件一審判決について見てみることにしよう。

2. 行政の中立性とこれに対する国民の信頼

本判決は、国公法および規則一四一七による公務員の政治的行為の禁止が「公務員の政治的中立性を維持することにより、行政の中立性とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益」を擁護するためにある、と繰り返し述べており、この点が国公法110条1項19号の罪の保護法益と解せられている。この考え方は、猿払事件最高裁判決が政治的行為禁止の合憲性について判断する際に、「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならない」と述べたことに沿うものであるが、このような理解には疑問がある⁽³⁾。

(2) 例えば、曾根威彦「現代刑法と法益論の変容」阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的課題』(2004) 51頁以下。

(3) 本罪の保護法益の性格と観念化のおそれを指摘する近年の文献として、中山研一「公務

まず、①「行政の中立性」というのは、刑罰法規による保護法益としてはきわめて曖昧模糊とした観念的、抽象的な概念であって、その内容を個別具体化することなくこれを一律に刑事罰による保護の下に置こうとするのは、刑罰規定による保護の必要性・相当性の観点から疑問がある。そのことは、ここでの政治的行為が時に表現の自由という憲法上の基本権の行使に直接的に関わる活動であるだけになおさらである。次に、②行政の中立性に対する「国民の信頼」の確保は、刑法犯である収賄罪の保護法益として、公務の公正に対する「社会の信頼」という形で論じられるところ（信頼保護説）と軌を一にするものである。しかし、社会の信頼を害したか否か、危殆化したか否かを個々の収賄行為について具体的に測定可能な形で検証することは不可能であり、これを収賄罪の保護法益に加えることにはつとにその問題性が指摘されているところである。同様の懸念は、行政の中立性に対する「国民の信頼」についても言えることであって、刑罰法規の介入を容認するための実体的法益としては、やはり、それが公務の民主的かつ能率的な運営の確保、民主的で不偏不党な公務員制度の維持等、公務員の政治的行為に対し直接的に保護されるべき具体的内容を持った利益でなければならないのである。また、「行政の中立性」を超えてこれに対する「国民の信頼」にまで保護対象を拡大することは、現実に行政の中立性に対する侵害・危険が生じたか否かではなく、そのような外観・外見を呈する事態が生じたか否かを問題とすることにつながってくる。

このように公務員の政治的行為について、保護法益を「行政の中立性とこれに対する国民の信頼」に求めるのは、先にみた（前出1）「保護法益の抽象化」の典型例であるが、他方、国公法・規則に規定する行為が外見的に行われた時点で、行為時の具体的状況や行為の実際上の結果を一切考慮することなく、「累積的、波及的效果」を根拠に直ちに国家刑罰権の介入を認めるのは、行為からきわめて遠い所に位置する茫漠とした「危険」を根拠として当該行為を刑罰の下に置こうとするものであって、「法益保護の早期化」の典型とも言える。猿払事件最高裁判決は、「もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損なわれ、ためにその職務の遂行ひいてはその属する行政機関の公務の運営に党派的偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損なわれることを免れない」と述べているが、ここには、表現活動のもつ民主的、憲法的意義に一切考慮を払うことなく、危険が現実化する以前の段階で、将来予想される危険の芽を事前に摘み取っておこう、とす

員の政治活動に対する罰則の適用について」同『21世紀の刑事立法と刑事裁判』（2009）149頁以下所収。

る意図がみられるのである。

本件一審判決および猿払事件判決の目指す方向は、抽象化された法益の早期の保護を図ることによって、刑事法の領域を限りなく懲戒処分法（行政法）の領域に近づけ、両者の境界をなし崩し的に取り扱う結果へとつながる危険性を秘めている。しかし、「行政の中立性とこれに対する国民の信頼」の確保を「国民全体の共同利益」として刑事法的保護の下に置き、その保全のために刑罰権行使の箍を緩めることにはやはり疑問を禁じえない。刑罰権の行使が法益保護の手段として正当といえるためには、①市民的安全の保護のために刑罰を用いざるを得ない場合であって（刑罰の必要性）、かつ、②刑罰が犯罪防止上有効な場合でなければならず（刑罰の有効性）、しかも、③刑罰の適用および執行が倫理的にも妥当なものでなければならないが（刑罰の倫理性）、「行政の中立性とこれに対する国民の信頼」を確保するために、刑罰により早期の介入を図ることがはたして以上の3要件を満たし、正当な刑罰権の行使といえるかについては、再考の余地があるように思われる。

以下、公務員の政治的行為について、これに刑事法が介入するためには、近代刑法の基本原則（行為主義、侵害原理、責任主義）に照らして、当該行為から直接に現実的な弊害（法益侵害ないしその危険）がもたらされなければならない所以をみてゆくことにするが（後出IV）、その前提として、懲戒法と刑事法におけるそれぞれの違法性概念についてあらかじめ考察しておくことにしよう。

III 公務員法違反事件における「違法性」概念

1. 憲法レベルの違法性論——猿払事件最高裁判決における多数意見と反対意見

(1) 行政法上の違法性と刑事法上の違法性 国家公務員の政治的行為に対する罰則の合憲性に関し、本件一審において、弁護人は、刑罰が全国民を対象とする国家の一般統治権の行使であって、懲戒処分とは明らかに質的に異なる制裁であるので、刑罰をもって公務員の表現活動を禁圧する場面では、一般国民に対するのと同様、厳格な審査基準に基づき、その政治的行為に対する罰則の合憲性を判断しなければならない、と主張し、また、仮に罰則規定の合憲性が認められるとしても、国公法が定める刑罰規定を適用できるのは、「公務の民主的かつ能率的な運営」が脅かされる程度にまで有害で違法な政治活動が行われたことが明白な事案に限られるべきである、と論じた。これに対し、本件一審判決は、懲戒処分と刑罰との間に、弁護人が主張するほどの質的量的な差異を見出すことはできず、「憲法適合性を判断するに当たり、いかなる制裁を設けたかという制裁の

種類から遡り、それに応じて合憲的に禁止される範囲が異なってくるというような考え方はとり得ない」とし、また、限定解釈の主張についても、「公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為が禁止され、その違反に対して罰則規定を設けているのは、国民全体の共同利益を擁護する見地から、かかる行為には刑罰を根拠づけるだけの違法性があると評価しているからである」として、これを斥けたのであった。

本判決の見解と弁護人の主張との対立は、猿払事件最高裁判決の多数意見と反対意見の相違に由来している。猿払事件最高裁判決においては、特に国公法102条1項（政治的行為の制限）における犯罪構成要件（同110条1項19号）についての立法委任に関する憲法論を中心に、公務員の政治的行為に対する罰則の合憲性をめぐって、多数意見と反対意見とで「違法性」に関する見解の対立がみられたのである。

④多数意見は、懲戒処分と刑事罰とで、その目的・性質・効果が異なることを強調するが、そのことから、両者が前提とするそれぞれの違法行為に違法性の程度・質量の点で相違がある、との帰結を導くものではなかった。すなわち、公務員の政治的行為の禁止に違反する行為が、一方で、懲戒処分を根拠づけるに足りるものであると同時に、他方で、刑罰をも根拠づける違法性を帯びるものである、と論じていることから明らかなように、むしろ、懲戒処分と刑罰とが相互に排斥し合う関係に立つことなく、まったく同一の禁止違反行為に対し両制裁を併用しうることを主張するための論理的前提として、懲戒処分と刑事罰の異質性が説かれているにすぎない。多数意見は、違法な政治活動に対し、懲戒罰による禁止と刑事罰による禁止との間に質的な差異を認めず、いずれを選ぶかは立法裁量に任されている、と論じていたのである。

これは、一方で、各法領域における制度趣旨・目的の相違を認めながら、違法性は全法秩序において完全に単一であり、一つの法領域で違法とされた行為が他の法領域で正当化されることはあり得ず、しかも、各法領域の違法性の有無・程度に差異を認めない「かたい違法一元論」の立場である。そして、多数意見は、かかる厳格な違法一元論の立場から、公務員の政治活動を制限することが合憲である場合に、その制限禁止の実効性を担保する手段として刑罰を用いることは、刑罰自体が合理的程度のものである限り当然合憲である、という考え方に至ったのであった（憲法レベルの違法一元論）。

⑤反対意見も、多数意見と同様、公務員関係上の権利義務として公務員の政治活動の自由に課せられる法的制限と、一般的統治権に基づき刑罰の制裁をもって課せられる自由の制限とが、その目的・根拠・性質・効果を異にすることを認めつつ、多数意見と正反対の結論を導いている。すなわち、公務員であっても公務

外において一市民として行う政治活動を、刑罰をもって制限・禁止しうる範囲は、一般国民に適用される憲法上の規準と原理とによって決せられなければならない、とした上で、「刑罰の制裁をもってする公務員の政治活動の自由の制限が憲法上是認されるのは、禁止される政治的行為が、単に行政の中立性保持のために設けられた公務員関係上の義務に違反するというだけでは足りず、公務員の職務活動そのものを歪曲する顕著な危険を生じさせる場合……等、それ自体において直接、国家的又は社会的利益に重大な侵害をもたらし、又はもたらす危険があり、刑罰によるその禁圧が要請される場合に限られなければならない」と論じたのであった。

これは、公務員の政治活動禁止の違反に対する制裁は、原則として懲戒罰の限度に限られるべきで、刑事罰適用の関係においては、基本的に一般市民と同様である、とする思想である。そこには、公務員に課せられた特有の義務違反を根拠に、政治活動の制限違反に対し刑事罰を科することは、きわめて例外的な重大な害悪を伴う場合に限られるべきだ、という違法の相対性の考え方が伏在していたのである⁽⁴⁾。

(2) 違法の統一性と相対性 違法性に関する一般的、抽象的な議論としては、法秩序の統一という観点から違法・適法の判定はすべての法分野にわたって一元的に論ぜられなければならない、とする違法一元論（違法統一性論）に正しい核心が含まれている。「法秩序の統一性」の思想の下で、ある法領域で適法・正当とされた行為が他の法領域では違法であるとすることは許されず、その限りでは、「統一的違法性」の考え方に一定の合理性を認めることができるのである。しかし、公務員組織の内部秩序を乱すにとどまる行為の違法性と、国民全体の共同利益を損なう行為の違法性が、その質量においてまったく同一ということは考えられない。刑事制裁においては、「犯罪」のレッテルを貼ることにより、規制する側の緊張と受け手側の自己規制とが相乗的に作用して、民事・行政制裁に比し抑止効果が倍加されることは、我々の経験の教えるところであって、かかる禁止の抑止力における差異を考慮に入れるなら、両制裁の対象となる行為の違法性の程度はむしろ区別されて考えられなければならないのである⁽⁵⁾。

(4) 藤木英雄「公務員の政治活動と刑事罰」判例時報757号（1974）17頁。

(5) 猿払事件判決は、同じく政治的行為について、地方公務員法（以下、地公法）にはない刑事罰が国公法においてのみ規定されている理由について、「国家公務員の場合は、地方公務員の場合と異なり、その政治的行為の禁止に対する違反が行政の中立的運営に及ぼす弊害に径庭がある」として、法益侵害性、したがって違法性の程度に違いがあることを指摘するが、他方で、地公法において、政治的行為を懲戒処分の対象としつつ刑事罰の対象としていないことは、刑事法上の違法性が懲戒法上の違法性より程度が高いことを窺わせるの

同じ違法性の評価を受けるとしても、その内部で質量に種別・程度の差があり、少なくとも法効果との関係では、違法性は多面的、相対的に捉えられなければならない(やわらかな違法一元論)。したがって、公務員法(行政法)上は違法であって懲戒処分の対象となりうる行為であっても、刑事罰の対象となる質量の違法性を具備しない、という場合もあるのである。たしかに、刑罰と懲戒処分との差異を過度に強調することには問題もあり、例えば憲法論において、両者が法効果としてもつ質量の違いを認めることから、直ちに国公法における行政制裁(懲戒処分)の合憲性を基礎づけることはできないとしても、他方で、刑事制裁と民事・行政制裁の抑止力における差異を考慮に入れるとき、公務員の政治的行為を一律無差別に処罰することの違憲性を基礎づけることは十分可能であろう。

(3) 規則一四一七への委任 猿払事件最高裁判決における多数意見と反対意見との間の違法性に関する基本的な考え方の違いは、国家公務員法が罰則規定の具体的内容を人事院規則に委任していることに対する評価の違いとして現れることになる。④多数意見は、国公法102条1項の委任の趣旨は合理的な解釈によって理解できるのであって委任事項の特定性に欠けるところがなく、右条項の禁止する政治的行為に関する限り、懲戒処分と刑罰の対象となる行為の範囲に食違いはないのであるから、右条項は、それが国公法82条による懲戒処分および同法110条1項19号による刑罰の対象となる政治的行為の定めを一樣に委任するものであるからといって、憲法の許容する委任の限度を超えるものではない、と判示した。これに対して、⑤反対意見は、国公法102条1項が公務員関係上の義務としての禁止と罰則の対象となる禁止とを区別することなく、一律一体として政治的行為の定めを人事院規則に委任し、罰則の対象となる行為の内容についての基準として特段のものを示していないのは、少なくとも刑罰の対象となる禁止行為の規定の委任に関する限り違憲無効だ、と論じたのであった。

猿払事件最高裁判決の意見を分けたのは、規律違反行為と犯罪とで、委任の合憲性の基準としても寛嚴の差を設けるべきか否かの点であり、その争いの基礎は、公務員法と刑法とで合憲的に禁止しうる政治的行為類型に広狭の差があるか否かにあった。憲法31条が規定する法律主義に照らし、政令以下の命令に罰則を委任するときは、白紙の委任ではなく、委任する範囲自体を法律である程度具体的に定めることが必要である。国公法102条1項のように、いわゆる白地刑罰法規であって、罰則自体は法律が定め、処罰される行為の細目を政令以下の行政立法に譲る場合であっても、処罰される行為の大まかな輪郭はやはり法律自体によって示されていなければならない。処罰の範囲についての大枠を法律で特定せ

ず、一般的に命令に委任する立法形式は、やはり違憲無効との疑念を払拭しえないのである。⁽⁶⁾ 国公法102条1項について、猿払事件における一審判決（旭川地判昭43.3.25下刑集10-3-293）、二審判決（札幌高判昭44.6.24判時560-30）のようにこれを適用違憲とするか、最高裁判決の反対意見のように部分的に法令違憲を認めるかは別として、政治的行為という重要な表現活動について「選挙権の行使を除く外」という当然のことを規定するのみで、禁止事項を特定することなくこれを挙げて命令に委任する立法形式を合憲とする多数意見には大きな問題性が残されていたのである。

仮に、本件一審判決が述べるように、「公務員の政治的中立性を損なうおそれのある行動類型に属する政治的行為……が、公務員組織の内部秩序を維持する見地から課される懲戒処分を根拠づけるに足りるものである」としても、そのような政治的行為が常に「国民全体の共同利益を擁護する見地から科される刑罰を根拠づける違法性を帯びるものである」とは言えないのであって、国公法102条1項が、同法82条に懲戒処分の対象となる政治的行為と共に、同法110条1項19号による刑罰の対象となる政治的行為の定めを一括して人事院規則に委ねているのは、憲法の許容する委任の限度を超えるということにならざるを得ない。

以上、憲法論を踏まえて、いわば立法段階における抽象的な構成要件定立に際しての懲戒処分法上の違法性と刑事法上の違法性との関係について考察してきたが（憲法レベルの違法性論）、実際の司法の場において当該被告人の行為に対する具体的な違法性の評価を行うに当たっては、さらにこれとは異なった考慮も必要となってくる。

2. 立法段階の違法性と司法段階の違法性

(1) 具体的違法性レベルでの民事・行政違法と刑事違法 被告人の当該行為に対する具体的違法評価を行う場合には、仮に憲法レベルでの猿払事件判決⁽⁷⁾（多数意見）の論理に従ったとしても、社会保険庁職員機関紙配布事件において被告人を刑事罰から解放する余地がないわけではない。たしかに、猿払事件判決

(6) 藤木・前掲注(4)18頁。なお、高松簡易保険局事件最高裁判決（後出IV3(1)(b)）において、団藤裁判官は、国公法102条1項に関し「公務員の政治的行為であって、公務員の政治的中立性ないしこれに対する国民の信頼を害するもの、すくなくとも、これを害するような具体的な危険性のあるものにかぎって、その内容の規定を人事院規則に委任したものと解することによって、かろうじて、この規定の合憲性を肯定することができる」としている。

(7) 公務員の政治的行為を制限することが合憲である場合に、その制限禁止の実効性を担保する手段として刑罰を用いることは、刑罰自体が合理的程度のものである限り当然合憲である、とするもの。

は、国公法および規則一四一七の諸規定により禁止されている公務員の政治的行為（殊に規則 5 項 3 号、6 項 13 号に当たる行為）が、すべからく「もはや組織の内部規律のみによってはその弊害を防止することができない事態に至る」させる行為であるとした上で、これは懲戒処分にとどまらず刑事罰の対象でもある、と判示している。しかし、この部分の判示は、あくまでも「政治的行為の禁止の合憲性」判断に際して述べられたものであって、現実に行われた具体的行為の可罰的評価として論じられたものではなく、後者の評価については、おのずから前者のそれと異なる論理も当然に考えられるところである。

すなわち、公務員の政治的行為は、原則として、内部規律のみによっては弊害を防止することができない性格のものであって懲戒処分の対象となり、また刑事法上も、そのような行為が行われれば形式的に犯罪構成要件該当性が認められるとしても、実行行為が必ずしも（可罰的）違法性を具備しているとはいえず、具体的な当該行為事情の下では、組織の内部規律のみによって、あるいは懲戒処分を課すことによってその弊害を防止することができると判断された場合には、刑事法上の違法性が否定されることになると考えられる（一種の違法性阻却事由）。猿払事件判決が、公務員の政治的行為について「組織の内部規律のみによってはその弊害を防止することができない事態に至る」から禁止・処罰が合憲的に可能だとした論旨は、その反面において、現に行われた行為につき、これに対する内部規律のみによってその弊害を防止することができる程度のものである場合には、禁止・処罰の対象とすることが許されない、とする判断を含むものでなければならない。何らの直接的な弊害も伴わないとみられる本件被告人の行為については、仮に、規律違反行為として懲戒処分の対象となり、また、形式的にみて抽象的な犯罪構成要件該当性が認められたとしても（後述のように、それ自体すでに疑問であるが）、少なくとも具体的な意味での（可罰的）違法性は否定されなければならないのである。

むろん、悪質な違法行為について、民刑両者の違法性を兼備することは十分ありうところである。特に、国民全体の共同利益を損なうとみられる行為は（その実体については問題が残るが）、同時に、公務員組織の内部秩序を乱す行為でもあるのであって、国民全体の共同利益を損なっているが公務員組織の内部秩序を乱していない行為というものを想定することは困難である。しかし、逆は必ずしも真ではなく、公務員組織の内部秩序を乱すとされる行為であっても、国民全体の共同利益を損なうとまではいえない行為は十分ありうところである。いわんや、公務員関係上の義務に違反しているとはみられないために「使用者としての国」が不問に付している行為（本件がまさにそうである）、その意味で適法・正当とされる行為に対し、「統治権の主宰者としての国」が刑を科すということがあ

るとすれば、それはカリカチュア以外の何物でもないであろう。刑事法上の違法性は、懲戒法上の違法性を含んで、それより高度の概念でなければならないのである。

（2） 刑の法定レベルと量刑レベルの違法性 立法段階と司法段階における懲戒法上の違法性と刑事法上の違法性との関係に関する問題と同様の事柄は、同じ刑事違法内部でも、刑の法定レベルと量刑レベルでの違法性の役割の相違として捉えることができる。猿払事件判決は、規則5項3号、6項13号の政治的行為について、それが政治的行為の中でも党派的偏向の強い行動類型に属するものであって、公務員の政治的中立性を損なうおそれが大きく、このような違法性の強い行為に対して国公法の定める程度の刑罰を法定したとしても、憲法31条に違反するものではない、と述べている。かかる判示自体の当否は別として、ここで問題としたいのは、それがあくまでも立法段階での犯罪類型（構成要件）の創設、およびそれに対する法定刑定立に際しての憲法的評価に内在する違法判断であって、現実になされた公務員の政治的行為に対する具体的な刑事法上の違法評価は、これとは別である、ということである。

すなわち、仮に、規則5項3号、6項13号に規定する行動類型に属する行為の違法性の程度が、通常は強度のものであって可罰的違法性を備えるとしても、現に行われた政治的行為の具体的状況に照らし、当該行為が公務員の政治的中立性を損なうおそれが小さいため違法性が弱い、か、そのおそれがまったくないためおよそ違法性に欠ける場合、あるいは法益侵害・危険性自体はそれほど微弱ではないとしても、行為が表現活動という憲法上の権利行使であるために、その憲法的価値との対比で相対的に違法性が減少する場合には、（可罰的）違法性が否定される、ということである。刑法学において、構成要件に該当する行為は原則として違法であるが、違法性阻却事由が存在する場合には、推定された違法性が否定される、と説明されるが、この論理は、公務員の政治活動についても妥当するものでなければならない。

3. 違法性の有無と違法性の強弱

本件一審判決は、「違法性の強弱を検討する場合には被告人の本件各行為から直接具体的に生じた弊害そのものを考慮すべきである」としつつ、違法性の「有無（法益侵害の有無）が問われる場面においては、……累積的、波及的效果をも考慮に加えて生じ得る弊害を論じたとしても、決して不当ではない」と述べてい

（8） 本文の叙述は、構成要件の通説的な理解に従ったものであるが、私見によれば、形式的に構成要件に該当する行為についても違法性は推定されず、違法性阻却事由を含む実質的な違法性判断を経て初めて（可罰的）違法性が認定されることになる。

るが(傍点筆者)、この論述は、次のような考え方を基礎に置いている。すなわち、形式的に国公法・規則が明文で禁止している行為は、必然的に波及的效果が累積された場合に生じうる弊害を伴うのである、という推論(論証されたものではなく、むしろ推測に近い)を根拠に、その種の行為が行われれば直ちに違法とされ、それ以上に、違法性の有無を判断するに当たって当該行為から直接具体的に生じた弊害そのものを考慮する必要はない、とする考え方である。しかし、この論述には、二重の意味で疑問がある。

第1に、「累積的、波及的效果」は、行為による直接的な法益侵害・危険とは関係のない行為後の事情であって、しかも裁判所により現実に存在するものとして認定することの不可能な事実なのであるから(その多くは裁判後の事情でさえある)、それが行為の違法評価を基礎づけるということはおよそありえない。本判決自身によっても「被告人と関わりのないこと」とされる累積的、波及的效果は、違法評価の埒外に置かれなければならないのである。累積的、波及的效果は、せいぜい公務員が公務員としての立場で政治的行為を行った場合に行政組織法上の懲戒処分を課すための説明上の概念道具として機能するに過ぎず、また、刑法理論上は、当該行為から直接弊害が具体的に生じたことを条件として行為の(可罰的)違法性が認められた場合に、量刑資料として考慮されるに過ぎない性格のものである。第2に、「直接具体的に生じた弊害そのもの」の大小は、たしかに違法性の強弱に影響を及ぼすが、直接的な弊害の持つ意味はそれにとどまるものではなく、かかる弊害(本来の意味での法益侵害・危険)が存在しない場合は、そもそも当該行為は刑事法上違法ではありえず許容されなければならない。直接的な弊害の存否が法益侵害とその危険、したがって違法性の有無を基礎づけ、その大小が違法性の強弱を決定するのである。

以上、立法レベルと司法レベルにわたって、懲戒処分と刑事罰が対象とする行為の違法性の差異についてみてきたが、両者における違法性の質量の相違は、懲戒処分と刑事罰がそれぞれ前提とする違法事実、特に「法益侵害の危険」概念の内容上の相違を導くことになる。また、同じ刑事違法の内部で展開される違法性の有無と違法性の強弱をめぐる問題は、違法評価の対象としての法益侵害ないしその危険、特に後者についてこれを行為との関係でどのように捉えるか、という問題に帰着する。そこで、次にこれを見えることにしよう。

IV 公務員の政治的行為による法益侵害の「危険」

1. 本件一審判決における「危険」概念

社会保険庁職員機関紙配布事件の弁護人は、第一審において、本件のように行

為がその主体の身分的属性とまったく関係なく行われた場合は、法益侵害の抽象的危険すら存在しないのであって、処罰に値するほどの違法性がないことは明らかであり、本罪の構成要件該当性を欠く、と主張した。これに対し、一審判決は、衆議院議員総選挙に際して政党機関紙等を配布する行為それ自体が政治的偏向の強い危険な行為であって処罰に値する、という見解を採ったが、その根拠は、「法益侵害の危険の有無を判断するに当たっては、……本件各行為を放任した場合、その所属する行政組織内の公務員全体に本件政治的行為を許容することになりかねず、そうした波及的効果が累積された場合に生じ得る弊害をも併せ考慮」すべきである、という点に求められた。⁽⁹⁾そして、被告人の本件各行為から直接具体的に生じた弊害（危険）そのものは、各行為に対する制裁の程度を考慮すべき場合、すなわち違法性の強弱を検討する場合に考慮すべき事柄である、として行為の直接の結果（弊害）を違法性の存否（本判決のいう法益侵害・危険の有無）の判断と切り離して考えたのである（前出III 3）。

行為の直接的な弊害（危険）の大小が違法性の強弱の問題に過ぎないとする見方は、すでに猿払事件最高裁判決の採るところであった。すなわち、猿払事件の一審判決および二審判決が、たとえ公務員の政治的行為の禁止が憲法21条に違反しないとしても、その行為のもたらす弊害が軽微なものについてまで一律に罰則を適用することは同条に違反する、としたのに対して、最高裁判決の多数意見は、「違反行為のもたらす弊害の大小は、とりもなおさず違法性の強弱の問題にほかならないのであるから、このような見解は、違法性の程度の問題と憲法違反の有無の問題とを混同するものであって、失当というほかはない」と論じていたのである。本件一審判決は、基本的にこの立場を受け継ぐものといえよう。しかし、行為の禁止・処罰が憲法で保障された基本的人権（表現の自由）の制約にかかる場合には、その具体的行為がその法規によって基本的人権を制限することにより守ろうとする利益（保護法益）に対して実質的な害悪（法益侵害ないしその危険）を及ぼさないものであるとき、したがって違反行為がもたらす弊害が軽微であるときは、刑法の介入を容認するだけの法益侵害・危険の存在が否定されるにとどまらず、もともとそのような行為を刑罰の対象とすること自体が基本的人権に対する不当な制約として憲法に抵触する、ということになるのである。

刑法において違法性の存否ないし程度を直接的に基礎づけるのは、法益の侵害ないしその危険（弊害）であるが、公務員の政治的行為制限違反の罪において、

(9) この点は、猿払事件最高裁判決が「もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損なわれ、ためにその職務の遂行ひいてはその属する行政機関の公務の運営に党派的偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損なわれることを免れない」としていたのと軌を一にする。

法益侵害それ自体は犯罪構成要件とされておらず（その意味で本罪は危険犯である〔後出 2(4)〕）、また、「国民全体の共同利益」というきわめて抽象度の高い法益が前提とされている本罪において、法益侵害自体を想定することはきわめて困難であることから（前出 II 参照）、以下では、法益侵害それ自体ではなく、「公務員による政治的行為」の処罰根拠と考えられている法益侵害の「危険」について検討を加えることにしよう。

2. 刑法理論における危険概念

(1) 行為の危険性と結果としての危険 刑法学において、危険概念は、①「行為の（一般的）危険性」(Gefährlichkeit) と②「結果としての危険」(Gefährdung) の 2 つの意味で用いられる。①の意味での危険概念は、当該行為が一般に法益侵害の危険性を備えているという行為の属性を意味し、②の意味での危険は、法益侵害結果と並ぶ犯罪結果の一種として、行為から現に生じた「(法益侵害の) 危険な結果」を指している。⁽¹⁰⁾ ①の「行為の一般的危険性」は、「そのような(その種の) 行為に出れば、通常、法益侵害ないしその危険(弊害)が発生する」という意味で使われており、「常にそうなる」という意味のものではない。したがって、禁止行為が行われたとしても、当該行為の具体的状況に照らして実際に弊害を生ずるおそれがない場合は、「法益侵害・危険なければ刑罰なし」の侵害原理に照らし、刑罰法規による介入が差し控えられなければならない。「行為の一般的危険性」は、その種の行為を規制するための立法理由(立法目的)とはなり得ても、それ自体が独立して当該行為を処罰するための具体的な根拠・理由となることはないのである。

刑法で問題とされる法益侵害の「危険」は、刑法の基本原則である行為主義(行為なければ刑罰なし)・侵害原理の見地からすると、行為から直接に発生する法益侵害の蓋然性を意味し(結果としての危険)、犯罪(違法性)の有無・程度を認定するためには「結果としての危険」(危険結果)の確定が不可欠な前提となる。また、行為自体の危険性を問題とするとしても、行為の処罰を基礎づけるのは、具体的状況において当該行為が法益侵害の現実的危険性を有していることであって(行為の個別的危険性)、その種の行為が法益侵害の一般的危険性を有していることでは足りないのである。

(2) 表現の自由と危険概念 行為の違法評価に当たって、「行為の一般的危険性」に危険結果から独立した独自の意義を認める立場は、本件におけるよう

(10) 構成要件に該当する行為(実行行為)の持つ危険性は、通常、この意味で用いられている。

に憲法で保障された「表現の自由」が問われる領域においては、社会にとって危険・悪質な傾向の言論は、現実の危険の発生を待たずにそれだけで直ちに規制されうる、とするいわゆる「危険な傾向」の理論と結びつく。この理論においては、従来、当該表現行為が、危険な傾向を有していることを根拠に、基本的構成要件自体ではなく、その周辺に位置する共謀・教唆・扇動等の付随的構成要件に当たるものとして訴追される点にその特色が求められており、また、その問題性も指摘されてきたが、⁽¹¹⁾「公務員の政治的行為」において危険な傾向の理論は、上の問題性を超えて、表現行為が付随的構成要件ではなく、本来であれば法益の侵害ないしその現実的危険を内容とするはずの基本的構成要件に該当する行為について「危険な傾向」がありさえすればこれを処罰の対象としてよい、とするものであって、ここには、基本的犯罪行為である正犯行為・実行行為と、派生的犯罪行為にとどまる共犯行為・予備行為との区別さえ失わせる状況が招来されているのである。

これに対し、「表現の自由」の領域で「結果としての危険」を重視する立場は、違憲立法審査基準であると同時に行為の可罰性の判定基準としても機能する「明白かつ現在の危険」の法理を採用する。この基準においては、事案の具体的事情に即して、①法益侵害の危険が発生する可能性が高く（害悪の蓋然性）、また、②それが時間的にも差し迫っており（害悪の切迫性）、さらに、③予想される危険が重大で刑罰以外の制裁手段では対応し得ないこと（害悪の重大性）、が認定されなければならない。本件に関して言えば、弁護人が主張し、また、猿払事件の反対意見が述べるように、「公務の民主的かつ能率的な運営」が脅かされる程度にまで有害で違法な政治活動が行われ、したがって「それ自体において直接、国家的又は社会的利益に重大な侵害をもたらし、又はもたらす危険があり、刑罰によるその禁圧が要請される場合に限られなければならない」のである。しかるに、行為の危険な傾向を窺わせる事情にすぎない「累積的波及的效果」を問題とした一審判決は、処罰根拠としての刑法上の危険概念を、行為から遠くに位置し、かつ、存在するか否かも不確かな間接的な結果、すなわち「不明確かつ将来の危険」に求めたのであった。

(3) 抽象的危险犯の実質化の試み ところで、犯罪形態として危険概念が正面から問題となるのが「危険犯」であるが、周知のように、危険犯はその内部で具体的危険犯と抽象的危险犯とに区別されている。両者の違いは、①形式的には、法文が構成要件要素として「結果としての危険」の発生を要求しているのが具体的危険犯であり（例えば刑法110条の建造物等以外放火罪）、これを要求してい

(11) 曾根威彦『表現の自由と刑事規制』（1985）15頁参照。

ないのが抽象的危険犯であるが(例えば同108条・109条1項の建造物等放火罪)、②この区別を実質的にみると、具体的危険犯においては、行為自体の危険性がそれほど強くないとみられているために、これを危険犯として処罰するためには危険結果の発生が要求されるのに対し、抽象的危険犯においては、行為自体の危険性が強度であって、通常、法益侵害の結果を伴うために、立法者はあえて具体的な危険の発生を要求していない犯罪態様である。そこで、抽象的危険犯については、従来、実行行為さえ行われればそれだけで危険があったものとみなされ(危険の擬制)、実際に危険が発生したか否かを問わない犯罪形態と説明されてきたが、近年に至り、近代刑法の諸原理に照らし、抽象的危険犯についても何らかの意味で現実的危険の発生を要求する見解が有力に主張されるようになった。

このように「抽象的危険」を実質化する試みがなされるに至ったのは、「行為の一般的危険性」に独自の意義を認める立場(ないし「危険な傾向」の理論)の抱える問題性が強く意識されるようになったことが大きな要因をなしている。これを刑法犯の中から、抽象的公共危険罪(抽象的危険犯)の典型である建造物等放火罪について見てみると、法文上、本罪について「公共の危険の発生」が要求されていないのは(109条2項の自己所有の非現住建造物等放火を除く)、具体的公共危険罪(具体的危険犯)である建造物等以外放火罪と異なり、放火行為自体が危険な行為であって、建造物等に放火すれば、通常、公共の危険(他の建造物等への延焼の危険ないし近在の人の生命・身体等に対する危険)が発生すると考えられているからである。したがって、たとえ建造物に対する放火であっても、例えば付近に何もない無人の山小屋を焼損するような場合には、現実には公共の危険が発生したとはいえないから、その行為は、形式的には非現住建造物等放火罪(刑法109条1項)の構成要件該当性が認められるとしても、実質的にみれば、成立する犯罪はせいぜい建造物損壊罪(同260条)にとどまることになる。

(4) 危険犯としての公務員の政治的行為　それでは、公務員の政治的行為制限違反の罪(国公法110条1項19号)については、どのように考えたらいだろうか。本罪は、①国公法・規則が政治的行為自体を禁止・制裁の対象とし、法文が法益侵害結果はもとより、「(結果としての)危険の発生」をも要求していない、という意味では抽象的危険犯である。形式的にみる限り、懲戒処分の対象と刑事罰の対象とがまったく同一のものとして規定されていることが、端的にこの間の事情を物語っている。しかし、②実質的に観察するならば、状況は一変する。規則一四一七の6項に挙げられている政治的行為の多くは(特に7号以下)、行為自体の具備する危険性が軽微であって、これらの行為を危険犯として処罰するためには、当然に法益侵害の具体的危険が結果として現実には発生しなければならない。その限りで、本罪は具体的危険犯として構成されなければならないので

ある。結論的に言えば、本罪は、行為自体の危険性がきわめて軽微であるにもかかわらず（その意味で抽象的危険犯ではない）、法文が具体的危険の発生を要求していない（この意味では具体的危険犯でもない）、というきわめて特異な危険犯の形態⁽¹²⁾であって、限りなく形式犯に近い犯罪態様である。

特に、本件のような具体的な行為状況の下で（勤務時間外の休日に、職場と離れた自宅周辺の場所において、その職務や職場組織等と関係なく行われた）、政党機関紙を配布・投函する行為は、およそ上記のような危険性を伴っておらず、これに対し犯罪として刑を科すとするれば、それは、可罰的違法事実（危険）の存在しないところに犯罪性を認めるものであるか、あるいは可罰的違法事実（危険）が存在しないのに存在するとする許されない擬制であって、刑罰権の濫用であると言わざるを得ないのである。

3. 「公務員による政治的行為」の処罰根拠としての危険

本節では、懲戒処分の対象としての危険と刑事罰の対象としての危険とを対比しつつ、本件一審判決における危険性審査のあり方に検討を加えるが、その前に、公務員の政治的行為に関する本件以前の最高裁判例における危険性審査のあり方を検証してみることにしよう。

(1) 過去の事例における危険性審査の検証

(a) 猿払事件最高裁判決 本判決の反対意見は、懲戒処分と刑事罰とで危険性判断に相違があることを明瞭に述べているが、その点に関する多数意見の考え方は必ずしも明らかではない。ただ、懲戒処分と刑事罰とでその前提となる行為の違法性の程度について量的差異を認めず、また、具体的な違法性判断に踏み込んでいない多数意見の基本的立場からすると、刑事罰の対象となる行為の危険性判断についても、「行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼の確保」という国民全体の共同利益に対して、公務員の政治的行為が一般に具有するとみられている危険性（危険な傾向）で足り、現実に当該行為から具体的危険が発生したか否かを問わない、と解しているものと考えられる。ここには、現になされた被告人の行為が実際にその種の危険性を有していたか否かを問う、という姿勢が見られないのである。

これに対し、反対意見は、危険性の判断方法として、④懲戒処分については、その種の行為が一般的に公務員の政治的中立性を侵害する抽象的危険性を有する

(12) 形式犯の典型例は、免許証不携帯の罪（道交法95条、121条1項10号・2項）であるが、形式犯については、そもそも法益侵害・危険のない行為に刑事罰を科すこと自体の是非が問われなければならない、同じ問題は、公務員の政治的行為制限違反の罪にも当てはまるであろう。

か、という危険性審査で足りる、としているのに対し、⑥刑事罰については、禁止される政治的行為それ自体において直接、国家的または社会的利益に重大な侵害をもたらし、またはもたらす危険性があるかというものでなければならない、としてその間に明確な区別を設けている。刑事罰についても、「結果としての危険」ではなく、「行為の危険性」を問題としている点では、懲戒処分との間に相違はないが、懲戒処分においては、その種の「行為の一般的危険性」(危険な傾向)が問われているのに対し、刑事罰では、「当該行為自体が備えるべき個別的危険性」が問題とされているのである。懲戒処分の対象についても、およそ行為の一般的危険性で足りるのか、また、その具体的内容は何かが問題となるところであるが、少なくとも刑事罰の対象となる行為については、そのような一般的危険性では足りず、当該行為について現実的危険性が備わっていることが要請されている、とするのは妥当な見方であろう。

(b) 高松簡易保険局事件最高裁判決 次に、昭和56年10月22日の高松簡易保険局事件(大坪事件)最高裁判決(刑集35-7-696)における危険性審査のあり方につき、補足意見および反対意見に即してこれを検証してみることにしよう(判決自体は、この点につき特に触れるところはない)。

中村裁判官の補足意見は、一般論としては、刑事規制の合憲性の判定基準として、猿払事件最高裁判決の反対意見に賛意を表し、法益の侵害ないしその具体的危険性を要求するが、行為自体がその性質上公務員の政治的中立性に強く抵触すると考えられるようなもの、例えば、高松簡易保険局事件において問題とされた規則5項1号、6項8号の規定する行為については、抽象的危険の存在をもって足りる、とすることによって実質的には多数意見と同一歩調をとっている。もっとも、規則6項7号、13号に規定する行為が問題とされている本件社会保険庁職員機関紙配布事件については、中村裁判官の意見に従っても、あるいは原則に立ち返って上とは異なる結論に至ることも考えられる。ただし、6項8号に規定する行為について抽象的危険で足りるとする根拠の一つを、法益侵害の危険がきわめて捉えがたい観念であって、その具体的な存在を明確に示すことが困難な場合が存在することに求めている点からすると、その余の政治的行為についても容易に例外的扱いを許す結果となるであろう。しかし、原則的に反対意見に賛成というのであれば、法益侵害・危険の具体的な存在を示すことができない場合には、本来、これを処罰の対象から外す扱いをすべきであると思われる。

一方、反対意見のうち、団藤裁判官は、公務員の政治的中立性、およびこれに対する国民の信頼を本罪の保護法益と解した上で(この点は、猿払事件の多数意見と基本的に同じ)、国公法110条1項19号の罪の成立のために、構成要件要素として、保護法益に対する現実の侵害ないし侵害の具体的危険性を要求しており、刑

事法の専門的な立場から妥当な結論を導いている。なお、団藤意見は、公務員の政治的行為には、懲戒処分の原因としてさえ、問題になりうるほど危険性のきわめて希薄な行為が含まれるとしており、安易に懲戒法上の違法性を認めることにも懐疑的であることが注目される。また、谷口裁判官は、行為がその主体の身分的特性と関係なく行われた場合には、抽象的にせよ法益侵害の危険性はない、として本罪が身分犯であることを強く意識した上で、国家公務員たる身分に基づく行為の抽象的危険性（その意味で行為の職務関連性）を要求している。ここでは、刑事法上の議論に限られてはいるものの、危険概念が公務員の職務との関連で初めて実際上の意味を持つことが強調されており、本罪における問題の本質が的確に捉えられている（後出V参照）。

（2）懲戒法と刑事法における危険概念 以上の検討から明らかなように、公務員の政治的行為に対し刑法による介入を認めるためには、行為が法益侵害の一般的危険性を有しているというだけでは足りず、①当該行為自体が行為時の具体的状況に照らして、行為から直接に弊害を生じさせる高度の危険性を有していたこと（行為の個別的危険性）、あるいは、②当該行為により現に弊害（法益の現実的侵害ないしその具体的危険〔結果としての危険〕）が生じたことが必要である。しかも、ここでいう「結果としての危険」は、本来、「そのような行為に出れば直ちに生ずるであろう具体的危険」を指しているのであって、行為を契機として、行為後に第三者によってもたらされる危険は、ここにいう「危険」に含まれないのである。以下、懲戒法と刑事法とを対比しつつ、それぞれにおける危険概念の実体を整理すれば次のようになる。

まず、④懲戒処分の対象となる行為の危険は、本件一審判決（および猿払事件最高裁判決）が説くように、「本件各行為を放任した場合、その所属する行政組織内の公務員全体に本件政治的行為を許容することになりかねず、そうした波及的効果が累積された場合に生じ得る弊害」の危険で足りる、と解する余地はある。使用者である国家との雇用関係において、被雇用者である（行政）公務員は、政治的行為を行わないことを内容とする雇用契約を締結している、と解することができるからである。これに対し、⑧刑罰による禁圧が要請される犯罪成立要件

（13） なお、ここにいう「具体的危険性」を本罪の構成要件要素とみるか、独自の違法要素と構成するか、また、これを行為の個別的な属性とみるか、行為の具体的結果とみるかは本質的な問題ではない。

（14） ただし、後述のように、本件では公務員としての立場で政治的行為が行われたわけではないのであるから（後出V）、被告人の行為はいわば契約外の事態であって、すでに懲戒処分を課すための前提さえ欠いていることになる。けだし、公務員といえども私生活においてどのような行動に出るかは、それが公務員としての立場・資格で行われたものでない限り、

(構成要件該当性ないし違法性)としての危険は、①当該行為により実際にそのような法益を侵害し、その具体的危険を惹起したこと、あるいは、②少なくとも当該行為が現に「公務の民主的かつ能率的な運営」を阻害するような個別的危険性を有していたことが必要である。

(3) 一審判決の問題点 以上の検討を踏まえて、本件一審判決を考察することにする。本判決は、まず、衆議院議員総選挙に際し、政党機関紙等を配布する行為それ自体が政治的偏向の強い危険な行為であって、公務員により政治的行為がなされれば、原則として処罰に値する法益侵害の抽象的危険が発生する、という見解を採っている。この考え方は、「被告人と関わりのない」累積的波及的效果としての「危険」をも行為の属性に取り込んで、抽象的危険犯を形式犯的に理解し、抽象的危険犯の認定に当たり行為によって危険が現実が発生したか否かを問わないものであるが、上述のように（前出 2 (3)）、抽象的危険犯も実質犯の一形態である以上、およそ法益侵害の現実的危険のないところに犯罪の成立を認めることはできない。本来、国民に憲法上の権利として認められている表現活動の形をとる政治的行為に対して刑罰法規の介入を認めるためには、「行政の中立とこれに対する国民の信頼」を侵害する危険が結果として現実が発生するか、少なくとも当該行為が行為時の具体的状況に照らし侵害の現実的危険性を備えていることが必要である。そして、実際にそのような危険の発生を認定することが困難であるとすれば、それは「行政の中立とこれに対する国民の信頼」を刑法上の保護法益と解することの問題性を物語っている。

行為の累積的、波及的效果に違法性存否の判断をかからせる一審判決は、刑罰法規のもつ一般予防効果を重視し、本件国公法、規則の諸規定が行政的規律の観点から公務員の政治的行為の禁止を行政上の予防的措置として設けている趣旨を直ちに刑罰規定にも推し及ぼして、刑法を責任刑法の枠を超えて予防刑法の観点から捉え直す立場である。しかし、本罪の被害法益となりえず、せいぜい行為の犯罪性（違法性）が確定した後に、刑事政策的な一般予防目的の見地から量刑事情として考慮されるに過ぎない累積的、波及的效果のみを根拠に刑を科すならば、責任原理を根底から覆すことになる。具体的な刑罰権の行使が正当とされるためには、刑罰の適用および執行が倫理的にも妥当なものでなければならないが、一般予防の過度の強調は、行為者を、規範の名宛人である国民一般に対する政策目的達成のための単なる手段・道具として処罰することを意味し、「刑罰の倫理性」の観点から容認することはできない。殊に、表現の自由が問われている場面では、「明白かつ現在の危険」の存在が不明な状況で刑罰法規が一般予防の

見地から介入することには、より慎重でなければならない。

そこで、本件において被告人の行為から直接に（結果としての）危険が発生したかどうかを見てみると、本件において「公務員の職種・職務権限、裁量権の範囲の広狭等や勤務時間の内外、職務や職場利用の有無等の事情」を考慮に入れて判断するならば、本件行為は相手方の利益を直接侵害するものではなく具体的な弊害を認定することはできない。すなわち本件においては、被告人の当該行為が具体的な状況に照らし現実には公務員の職務活動そのものを歪曲する顕著な危険を生じさせ、公務員制度の維持・運営そのものを積極的に阻害し、民主的政治過程そのものを不当にゆがめるような性質のものであったとはいえず、また、当該行為によって現にそのような事態を招いたという事実も認められないのであって、公務員の政治的行為につき刑罰の介入を認めるための前提をおよそ欠いていたと言わざるを得ない。

以上、法益侵害の「危険」の観点から、懲戒処分（懲戒法）と刑事罰（刑事法）とを対比しつつ、両者の関係・区別についてみてきたが、本件では、制裁のあり方を問う以前に、懲戒処分と刑事罰に共通の前提として、そもそも被告人の行為を国公法・規則により規制の対象とすること自体に根本的な疑問があるので、最後にこの点について触れることにしよう。

V 結びに代えて——職務刑法としての公務員犯罪

懲戒処分ないし刑事罰の対象となる行為は、いずれにしても公務員が「公務員としての立場（資格）」で行った政治的行為でなければならない。何故なら、公務員による政治的行為であったとしても、それが一市民ないし私人としての立場（資格）で行われた場合には、国民全体の共同利益（公務の中立性に対する国民の信頼）を損なうことがあり得ないのはもとより、その前提となる公務員組織の内部秩序を乱すことさえ想定し難いからである。仮に、政治的行為の行われた具体的な状況の如何を問わず、行為主体が公務員でありさえすればこれに対して規制・制裁を加えてよい、ということになれば、当該行為が現実にもたらす個別具体的な危険はもとより、行為自体が備える一般的危険性にも至らない、それ以前の公務員の主観的な「内心の政治的危険性」、その意味で「行為者の危険性」を問題とすることにもなりかねない。公務員の「政治倫理観・道徳観」を問題視する立場は、法と倫理を混同するリーガル・モラリズムの立場であって、両者の関連性を意識しつつ法と倫理の峻別を説く近代法の基本思想とは相容れない見方と言わざるを得ない。

ここで、「職務の公正とこれに対する社会の信頼」が保護法益と解されている

収賄罪が成立するためには、賄賂の対価となる職務行為が当該公務員の一般的職務権限に属するもの、あるいは少なくとも「職務と密接な関係のある行為」(職務密接関連行為) でなければならない、とされていることが想起される。そのことは、公務員の政治活動についても同様であって、政治的行為がその職務と関連して行われて初めて自己の所属する組織における行政の中立性に影響を与えることが可能となるのである。本件で問題とされた国公法、規則の諸規定も、収賄罪規定と同様、公務員という身分の要求される「身分刑法」であると同時に、職務関連性を必要とする「職務刑法」である。公務員の政治的行為が形式的に国公法上の禁止規定に違反して行政上の制裁を受けることがあるとしても、本件のごとくそれが職務との関連性を欠く場合には、実質的にみて行政の中立とこれに対する国民の信頼を害する現実的危険を生じさせるおそれはなく、行為はおよそ刑事制裁の対象とならないと解すべきである。

そこで、公務員の政治的行為を規制・制裁の対象とするためには、当該行為を公務員としての立場(資格)で行ったといえるか否かが問題となるが、これを判断するに際しても、当然に、「公務員の職種・職務権限、裁量権の範囲の広狭等や勤務時間の内外⁽¹⁵⁾、職務や職場利用の有無等」、行為の際の具体的事情が考慮に入れられなければならない。⁽¹⁶⁾ 人事院規則一四一七6項は、政治的行為として17項目に及ぶ行為類型を列挙するが、このうち1号～6号に規定する行為は、何らかの意味で公務員としての職権や地位を利用するという性格と結びつきやすい属性を備えているものの、7号以下に規定された行為類型は、公務員の職権や地位利用には直接関係しない市民的な表現の自由としての政治的行為にとどまっている⁽¹⁷⁾。したがって、本件の対象とされている規則5項7号・13号の行為について、1号～6号の行為と同様にこれを懲戒処分・刑事罰の対象とするためには、

(15) 人事院規則一四一七4項は、公務員の政治的行為について「職員が勤務時間外において行う場合においても、禁止または制限される」とするが、これは、勤務時間外であっても、公務員としての地位を利用することによってその影響力を及ぼしうることがあるからであって、私人としての立場で行うことによって、およそ公務員としての影響力を及ぼし得ない場合は、規制・禁止の前提を欠くことになる。

(16) ここでは、最決平成10年12月1日(民集52-9-1761)が、一般職の国家公務員に対する政治的行為禁止の要請より強いものとされる、裁判官に対する政治運動禁止の要請に関してさえ、裁判所法52条1号にいう「積極的に政治運動をすること」の意義について、「具体的行為の該当性を判断するに当たっては、その行為の内容、その行為が行われるに至った経緯、行われた場所等の客観的な事情のほか、その行為をした裁判官の意図等の主観的な事情をも総合的に考慮して決するのが相当である」と判示していることが想起されよう。

(17) 中山研一〈東京地裁提出の意見書〉法律時報増刊『新たな監視社会と市民的自由の現在—国公法・社会保険事務所職員事件を考える』(2006) 194頁。

それが公務員の職権や地位を利用していること、ないしは少なくとも公務員としての立場（資格）で行われたことが改めて認定されなければならないであろう。

これを本件について見てみると、被告人の行為は、「勤務時間外の休日に、職場と離れた自宅周辺の場所において、その職務や職場組織等と関係なく行った行為」なのであるから、まさに行為主体の身分的特性が毫も当該行為と結びついてこない場合の典型であったと言える⁽¹⁸⁾。したがって、規制・制裁の根拠として、仮に「公務員の政治的中立性を損なうおそれのある政治的行為」自体の危険性（行為の一般的危険性）を問題にするとしても、機関紙等の配布が一市民としての立場で行われた本件では、そもそも「公務員の政治的中立性を損なうおそれ」を論ずる前提自体を欠いていたと言うべきである。しかも、本件においては、公務員の政治活動とされている行為が政党の機関紙等を集合住宅の郵便受けに投函するというポスティングの形で行われ、その際、直接これを受け取る相手方がおらず、周辺の人もそれが公務員の政治活動であると知りえなかった、という事情が認められる⁽¹⁹⁾。猿払事件を初めとして公務員の政治活動が問題とされた従来の国公法違反事件においては、いずれについても文書等の配布行為が相手方に対面する形で行われるなど、行為の外形からそれが公務員の政治活動であると認知できる状況が存在したことから、その当否は別として、少なくとも「行政の中立とこれに対する国民の信頼」を害する危険について論ずる余地はあ⁽²⁰⁾が、本件においては、そのような状況さえ欠いていたのである。

(18) 前記高松簡易保険局事件最高裁判決における谷口裁判官の反対意見参照（前出IV 3 (1)）。

なお、前掲の最決平成10年12月1日（前出注14）は、裁判所法49条にいう「職務上の義務」について、「職務遂行中と否とを問わず裁判官の職にある限り遵守すべき義務」であるとして、純然たる私的行為においても懲戒処分の対象となる義務違反がありうるとしているが、その場合でも義務は、例えば評議の秘密（同法75条）を漏らす行為のように、あくまでも「裁判官の職にあることに伴って負っている義務」に限られることに注意しなければならない。

(19) この点を強調するものとして、中山研一「公務員の政治活動とその『外形』——『堀越事件』に関連して」法律時報78巻4号（2006）104頁以下。

(20) 中山・前掲注（17）108頁。また、本件においては、玄関ポストに投函された政党の機関紙の内容が受領者に判明した時点以降においても、その内容から直ちに当該機関紙を配布した者の公務員としての身分が知れるものでもないのである。